



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3187 del 2011, proposto da Settimo Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso l’avv. Luigi Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

nei confronti di

Gesteco spa, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Cabrini e Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso quest’ultimo in Roma, via Porta Castello, 33; e del Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di Monfalcone (in seguito, Consorzio), in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappr. e dif. dagli avvocati Massimo Bianca, Marco Antonio Bianca e Federico Bianca, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest’ultimo in Roma, Via Tevere, 46;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI –VENEZIA GIULIA –TRIESTE, n. 12/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LA

CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE TECNICO -OPERATIVA COMPRESA LA MANUTENZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA DELL'IMPIANTO DI TRATTAMENTO DI MATERIALI DI DRAGAGGIO, con la quale è stato accolto parzialmente il ricorso n. 259 del 2010 proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, a favore della controinteressata società Gesteco, per la durata di dieci anni, della concessione del servizio di gestione tecnico –operativa, compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria, di un impianto di trattamento di materiali di dragaggio sito in Monfalcone, zona Lisert, disponendo l'obbligo, per la stazione appaltante, di acquisire le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 omesse, anziché escludere in via immediata dalla procedura la società Gesteco e annullare l'aggiudicazione impugnata accogliendo in modo pieno tutti e tre i motivi proposti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gesteco spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dall'appellante incidentale Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di Monfalcone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 27 marzo 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Andrea Reggio D'Acì su delega dell'avvocato Luigi Manzi, Federico Bianca, Alfredo Biagini e Andrea Cabrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Con ricorso proposto nell'aprile del 2010 la società Settimo Costruzioni ha impugnato, davanti al TAR Friuli Venezia Giulia, il provvedimento n. 1 del 25 febbraio 2010, emanato dal Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di

Monfalcone, di aggiudicazione in via definitiva, per la durata di 10 anni, con possibile rinnovo, alla società Gesteco, della concessione del servizio di gestione tecnico operativa, compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria, di un impianto di trattamento di materiali di dragaggio sito in Monfalcone –zona Lisert.

A sostegno del ricorso la Settimo Costruzioni, premesso che l'art. 3 del bando di gara, intitolato "Requisiti dei partecipanti alla gara", stabiliva che i concorrenti, per partecipare alla procedura, avrebbero dovuto essere "in regola con la vigente normativa in materia di contrattazione con la P. A. (art. 38 del d. lgs. n. 163/2006)", e che l'allegato "Scheda offerta", predisposto dalla Stazione appaltante, conteneva un modello appositamente dedicato alle dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del d. lgs. n. 163/06, con un riquadro indicante le "Istruzioni" per la compilazione del medesimo modello, in cui era specificato che, per quanto riguardava le spa, le dichiarazioni dovevano essere rese dagli "amministratori muniti di potere di rappresentanza", e dal "direttore tecnico", ha formulato tre motivi: 1) violazione dell'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 per non avere, la Commissione, escluso in via immediata Gesteco dalla selezione a causa della mancata produzione delle dichiarazioni delle due procuratrici speciali indicate nella visura della Camera di commercio; 2) violazione degli articoli 46 e 47 del d. P. R. n. 445 del 2000 per la inidoneità / insufficienza della dichiarazione generale ex art. 38 del decreto n. 163 nel 2006 resa dal legale rappresentante di Gesteco; e 3) eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, con riferimento alla procedura di verifica della anomalia.

Consorzio e Gesteco si sono costituite e hanno chiesto il rigetto del ricorso.

2.-Con la sentenza n. 12 del 13.1.2011 il TAR:

-in via preliminare (p. 3.1. , pag. 5) ha respinto le eccezioni di inammissibilità del primo e del terzo motivo di ricorso sollevate dal resistente;

-nel merito, sulla questione relativa alla estensione dei soggetti tenuti a rendere la dichiarazione di moralità ex art. 38 del d. lgs. n. 163/06, ha affermato (v. punti 3.2.1. e 3.2.2. , da pag. 5 a pag. 10 sent.) che, in presenza di una procura institoria, la dichiarazione deve essere resa, e che in tale ipotesi rientra la fattispecie relativa alla procura rilasciata a Cristina Luci;

-ha però ritenuto (v. p. 3.2.3. , da pag. 10 a pag. 13 sent.) che l'omissione della dichiarazione di moralità non possa comportare l'esclusione automatica di Gesteco dalla gara, essendosi la controinteressata strettamente attenuta alle regole poste dalla legge e dal bando, e dovendosi riconoscere la scusabilità dell'errore, o la sussistenza di una irregolarità sanabile, tanto più che il legale rappresentante della società aveva dimesso una dichiarazione generale attestante l'inesistenza di pregiudizi penali nei confronti di “tutti i soggetti di cui all'art. 38, cosicché l'eventuale richiesta di dimettere la dichiarazione personalmente sottoscritta dal (o dai) procuratori speciali appare effettivamente una mera integrazione di una dichiarazione comunque resa”;

-ha risolto (v. p. 3.3. , pagine 13-14 sent.) la questione relativa alla sufficienza e idoneità della dichiarazione generale resa dal legale rappresentante della società rilevando come la dichiarazione stessa potesse “ritenersi resa, ancorché in modo incolpevolmente incompleto, e pertanto potesse (e dovesse) essere integrata tramite una specifica richiesta della Stazione Appaltante, la quale imponesse di dimettere sia la procura speciale rilasciata a Virco Cristina, che le dichiarazioni personalmente sottoscritte da Luci Cristina e, se del caso, dalla stessa Virco Cristina”;

-ha quindi concluso sul punto accogliendo in parte il primo motivo, “con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati e dichiarazione dell'obbligo, per la stazione appaltante, di procedere all'acquisizione della procura

speciale conferita a Virco Cristina e della –o delle- puntuali dichiarazioni dei procuratori speciali come sopra indicato (v. pag. 14 sent.);

-ha respinto (v. p. 4. , da pag. 15 a 17 sent.) il terzo motivo, incentrato sulla carenza di motivazione e sul travisamento di fatto che inficerebbero l'atto conclusivo della procedura di verifica di anomalia.

3.- Con ricorso notificato il 12.4.2011 e tempestivamente depositato in segreteria la società Settimo Costruzioni ha appellato la sentenza in epigrafe –nella parte in cui, come detto, il TAR ha accolto soltanto in parte il ricorso proposto contro l'aggiudicazione a favore di Gesteco limitandosi a disporre l'obbligo, per la stazione appaltante, di acquisire le dichiarazioni, di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, omesse, anziché annullare l'aggiudicazione impugnata accogliendo in modo pieno tutti e tre i motivi formulati.

A sostegno del gravame Settimo Costruzioni ha dedotto: 1) illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza in relazione alla omessa presentazione delle dichiarazioni ex art. 38. La decisione del TAR è censurata nella parte in cui, pur avendo affermato la necessità di una dichiarazione personale delle procuratrici perché titolari di una “procura institoria”, ha ritenuto tale mancanza sanabile con una semplice integrazione, a richiesta della stazione appaltante, anziché considerarla sanzionabile con la immediata esclusione di Gesteco dalla gara e il conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'appellata. Settimo Costruzioni sostiene che tutti gli operatori del ramo, e quindi anche Gesteco, impresa strutturata che partecipa a numerose procedure di affidamento ogni anno, sono a perfetta conoscenza dell'obbligo di presentare le dichiarazioni anche per tutti gli altri soggetti muniti di poteri di rappresentanza, pena l'esclusione dalla procedura, sicché, tenuto anche conto del prevalente orientamento giurisprudenziale sul punto, non vi potrebbe essere stato, da parte di Gesteco, né un errore scusabile né buona fede. Ove dal deposito delle

dichiarazioni integrative rese dalle interessate nel procedimento di esecuzione della sentenza appellata dovesse constatarsi l'esistenza di condanne, da dichiararsi in ogni caso proprio ai sensi del sopra menzionato art. 38, qualsiasi ipotesi di buona fede ipotizzata nella decisione di primo grado verrebbe a cadere e, con essa, l'eventuale scusabilità delle omissioni delle dichiarazioni. Il TAR avrebbe dovuto annullare l'aggiudicazione a favore di Gesteco e affidare il contratto a Settimo Costruzioni; 2) illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza, in violazione degli articoli 46 e 47 del decreto n. 445 del 2000, relativamente alla dichiarazione ex art. 38 cit. resa a favore di soggetti terzi non identificati. L'appellante contesta la decisione del TAR nella parte in cui ha riconosciuto la validità della dichiarazione generale resa dal legale rappresentante di Gesteco senza tenere conto della genericità della dichiarazione medesima, vale a dire del fatto che, nella specie, mancava qualsiasi possibilità di identificazione delle persone fisiche a favore delle quali la dichiarazione era resa, non bastando un generico riferimento a "tutti i soggetti" di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/06. Inoltre, la sentenza non ha minimamente valutato le argomentazioni introdotte nel ricorso circa i rapporti tra gli articoli 46 e 47 del d.P.R. n. 445/00 e l'art. 38 del d. lgs. n. 163/06; 3) con il terzo motivo, intitolato "illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza", Settimo Costruzioni ribadisce di avere comprovato la carenza di motivazione e il travisamento dei fatti che hanno contrassegnato l'attività svolta dal Consorzio nel sub procedimento di verifica di anomalia, con particolare riferimento alle incongruenze esistenti tra l'offerta tecnica di Gesteco, quanto alle risorse umane, e le giustificazioni prodotte, successivamente, dalla stessa appellata. Altri punti dell'offerta tecnica, che Settimo Costruzioni enumera a pag. 21 ric. app., non sarebbero stati per nulla esaminati dalla commissione di gara, nonostante le evidenti carenze tecniche della proposta di Gesteco: di qui l'accusa, al Consorzio, di superficialità nella esecuzione della verifica di anomalia.

4.- Il Consorzio, nel costituirsi, ha proposto appello incidentale avverso i capi 3.1. e 3.2.1. - 3.2.2. della sentenza. Più precisamente:

a) contro il capo 3.1. , limitatamente alla parte in cui il TAR (v. pag. 5 sent.) ha giudicato infondata l'eccezione di inammissibilità riferita al terzo motivo di ricorso; e

b) avverso il capo 3.2.1. della sentenza (v. pagine da 6 a 10 sent.), con cui il TAR ha affermato che la dichiarazione di moralità di cui all'art. 38/C) del d. lgs. n. 163/06 dev'essere resa anche dai procuratori ai quali siano attribuiti poteri di tale ampiezza da renderli assimilabili alla figura dell'amministratore munito di potere di rappresentanza. La difesa consorziale esclude che l'obbligo di dichiarazione ex art. 38/C) cit. vada esteso a soggetti diversi da quelli espressamente contemplati dalla norma (e dalla "lex specialis"), cosicché le procuratrici speciali non erano obbligate a produrre la dichiarazione "de qua". In via subordinata, l'estensione dell'obbligo di dichiarazione potrebbe riguardare, al più, gli institori, ma non i procuratori. A sostegno della tesi propugnata il controricorrente –appellante incidentale richiama una recentissima pronuncia della sezione, la n. 6136 del 2011 (alla quale va aggiunto Cons. St. , V, n. 1186 del 2012). In ogni caso, la soluzione accolta dal TAR sul punto non sarebbe corretta.

Il Consorzio ha quindi ribadito la infondatezza dell'appello e ha concluso chiedendo di rigettare il gravame e, comunque, in accoglimento dell'appello incidentale, di riformare la sentenza dichiarando la inammissibilità dei motivi riguardanti la dedotta illogicità del bando e la presunta modifica dell'offerta in punto risorse umane; e dichiarando altresì la infondatezza del ricorso di primo grado nella parte in cui la società ricorrente ritiene che l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui al citato art. 38 si estenda anche alle procuratrici della società.

5.- Anche Gesteco si è costituita e ha controdedotto in modo ampio, concludendo per la reiezione dell'appello.

6.- Va soggiunto, per completezza, che a seguito della sentenza il Consorzio ha acquisito la procura speciale conferita a Cristina Virco e le dichiarazioni ex art. 38 cit. sottoscritte dalle procuratrici speciali Cristina Luci e Cristina Virco. Dalla acquisizione dei documenti è emerso che la procura conferita alla Virco comprende il potere di sottoscrivere, in nome e per conto della società, tutti gli atti relativi a gare d'appalto indette da amministrazioni ed enti; inoltre, la procuratrice speciale Cristina Luci ha tardivamente dichiarato l'esistenza, a proprio carico, di una condanna penale, risalente al 1999, per reato contravvenzionale per violazione di norme per la tutela delle acque dall'inquinamento (art. 21, comma 3, l. n. 319/76), passata in giudicato, confermata dall'esito del successivo accertamento eseguito presso il casellario giudiziale; condanna non dichiarata dal legale rappresentante della impresa nella dichiarazione generale resa nei confronti dei soggetti di cui all'art. 38/C) del decreto n. 163/06. Alla luce dell'esito della fase istruttoria eseguita dopo la sentenza di primo grado il Consorzio ha nuovamente aggiudicato la concessione del servizio a Gesteco con deliberazione n. 4 del 16 marzo 2011, deliberazione che Settimo Costruzioni ha impugnato davanti al TAR Friuli Venezia Giulia con ricorso attualmente pendente.

Il contratto di concessione tra Consorzio e Gesteco, sottoscritto nell'aprile del 2010, è attualmente in corso di esecuzione.

In prossimità dell'udienza di discussione dell'appello nel merito Settimo Costruzioni e Gesteco hanno depositato memorie difensive richiamando, sulla questione relativa all'obbligo, a carico dei procuratori speciali, di presentare la dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, rispettivamente Cons. St. , VI, n. 178/12 e Cons. St. , V, n. 1186/12. Il Consorzio, a sua volta, ha segnalato che il Legislatore, intervenuto con il d. l. 13.5.2011, n. 70, sul testo dell'art. 38 del decreto n. 163/06, non ha ritenuto di dover modificare la norma in ordine ai soggetti

tenuti a rendere la dichiarazione in questione, in particolare estendendo il suddetto onere agli institori e ai procuratori.

All'udienza del 27.3.2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

7.1.- Con il primo motivo d'appello Settimo Costruzioni, premesso di condividere i punti 3.2.1. e 3.2.2. della sentenza del TAR, con particolare riguardo all'affermazione in base alla quale, per determinare chi debba rendere la dichiarazione di cui al citato art. 38/C) del d. lgs. n. 163/06 occorre guardare non alla qualifica formale rivestita ma agli effettivi poteri attribuiti al dichiarante, con il conseguente obbligo di rendere la dichiarazione in questione in capo al procuratore speciale al quale siano attribuiti poteri di ampiezza tale da renderlo assimilabile a un amministratore con potere di rappresentanza, contesta il p. 3.2.3. della sentenza sostenendo che il Consorzio avrebbe dovuto escludere in via automatica Gesteco dalla procedura a causa della carenza della dichiarazione personale, ex art. 38/C) cit. , da parte delle procuratrici speciali Cristina Luci e Cristina Vico, anziché ravvisarsi nell'omessa dichiarazione –come ha stabilito il TAR- una semplice irregolarità, sanabile mediante una integrazione della documentazione di gara a richiesta della Stazione appaltante (v. pag. 12 sent.) .

Il Consorzio, appellante incidentale, contesta la sopra riassunta statuizione giudiziale di cui al p. 3.2.1. sent. , dall'annullamento della quale deriverebbe la caducazione anche del capo di sentenza sub p. 3.2.2. , sull'obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38/C) anche per i procuratori speciali, o “ad negotia”, in possesso di poteri tali da renderli equiparabili ad amministratori muniti di poteri di rappresentanza. Non soltanto il citato art. 38 prevede l'obbligo di prestare le dichiarazioni per i soli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e direttori tecnici, ma la “lex specialis” (v. art. 3 del bando e Allegato Scheda Offerta - Istruzioni –v. “supra”, p. 1. , parte in fatto) si limita a stabilire che le dichiarazioni

debbono essere rese dagli “amministratori muniti di potere di rappresentanza e (dal) direttore tecnico” nel caso di società del tipo cui appartiene Gesteco.

Assume priorità logica l’esame del motivo di appello incidentale proposto dal Consorzio.

L’accoglimento del motivo stesso, dal quale discenderebbe una statuizione sulla insussistenza dell’obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38 relativamente alle procuratrici speciali Virco e Luci, comporterebbe infatti il “superamento per assorbimento” del primo motivo dell’appello di Settimo Costruzioni, dato che l’appellante, nel censurare il p. 3.2.3. della sentenza, prende le mosse proprio dall’assunto secondo cui l’obbligo di prestare la suindicata dichiarazione sussiste (e la carenza della stessa implicherebbe –per Settimo Costruzioni- non una irregolarità sanabile con una semplice integrazione ma l’esclusione in via immediata dalla gara).

Il motivo d’appello proposto in via incidentale dal Consorzio è fondato e merita di essere accolto, esulando dal “thema decidendum” gli eventi succedutisi dopo la sentenza (ai quali si è accennato sopra, al p. 6.).

L’interpretazione dell’art. 38 del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede l’esclusione dalla procedura qualora i fatti indicati dalla lettera c) della disposizione riguardino, nel caso delle s.p.a., quale è quello della società Gesteco, “gli amministratori muniti di potere di rappresentanza” , o il direttore tecnico, ha formato oggetto di diversi orientamenti giurisprudenziali (per un riepilogo delle diversificate posizioni di questo Consiglio si rinvia a Cons. St. , sez. V, n. 513 del 2011).

Il Collegio, nel condividere le più recenti decisioni di questa Sezione sulla questione (v. Cons. St. , sez. V, nn. 1186 del 2012 e 513 del 2011; si vedano anche –sempre della sez. V- le sentenze nn. 6136, 3069 e 1782 del 2011, cui si rinvia anche ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d) del c.p.a.), ritiene di

aderire alla tesi che limita l'applicabilità del citato art. 38/C), sull'obbligo di esclusione nell'ipotesi di omessa dichiarazione, ai soli amministratori della spa e non anche ai procuratori speciali o "ad negotia", i quali "non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati" (così CdS, V, n. 513/11 cit.), dovendosi "ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale" (Cons. St., V, n. 3069/11), occorrendo avere riguardo alla posizione formale del singolo nell'organizzazione societaria piuttosto che a malcerte indagini "sostanzialistiche", e ciò anche per non scalfire garanzie di certezza del diritto sotto il profilo della possibilità di partecipare a pubblici appalti (sez. V, n. 513/11 cit., in cui si ribadisce che "una norma che limiti la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese... assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori").

Nel caso di specie l'onere, per le procuratrici speciali, di rendere la dichiarazione ex art. 38/C) non emergeva in alcun modo nemmeno dalla formulazione della "lex specialis", le disposizioni della quale andavano interpretate avendo riguardo al senso proprio delle espressioni usate, senza estensioni o sviluppi interpretativi del loro oggettivo contenuto.

Le statuizioni sub pp. 3.2.1. e 3.2.2. della sentenza impugnata, di annullamento dell'aggiudicazione a Gesteco e di dichiarazione dell'obbligo, della Stazione appaltante, di acquisire le dichiarazioni omesse, vanno perciò annullate. Infatti il ricorso di primo grado, nella parte in cui Settimo Costruzioni aveva affermato che l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del codice degli appalti pubblici si estendeva anche alle procuratrici speciali della spa Gesteco, era infondato.

7.2.- Il motivo d'appello sub 2), concernente "illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza, in relazione alla violazione degli articoli 46 e 47 del

d.P.R. n. 445/00, relativamente alla dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163/06 resa a favore di soggetti terzi non identificati”, incentrato sul carattere asseritamente generico della “dichiarazione generale” resa dal legale rappresentante della società, è infondato e va respinto.

In primo luogo, dall'accoglimento dell'appello incidentale e dalla appurata insussistenza dell'obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38 cit. con riferimento alle procuratrici speciali (su cui v. sopra, p. 7.1.) si ricava “de plano” che non sussiste alcuna “dichiarazione generale del legale rappresentante incolpevolmente incompleta” e da integrare con riguardo, appunto, alle posizioni delle procuratrici medesime (cfr. pag. 14 sent.). Detto altrimenti, non sussistendo l'obbligo di presentare le dichiarazioni ex art. 38 da parte delle procuratrici speciali, correlativamente la dichiarazione generale ex art. 38 non doveva ricomprendere le posizioni dei soggetti che rivestivano le suddette cariche, sicché il motivo è destinato a perdere peso.

In secondo luogo, l'art. 3.2.2. del bando si limitava a richiedere, in modo generico, la dichiarazione di “essere in regola con la vigente normativa in materia di contrattazione con la P. A. (art. 38 del d. lgs. n. 163/06)”, e a questo riguardo il presidente e legale rappresentante della spa Gesteco ha presentato, in sede di offerta, una dichiarazione riferita, per quanto qui più rileva, alle lettere b), c) ed m-ter) del citato art. 38, e quindi, sotto l'aspetto soggettivo, relativa all'amministratore munito di poteri di rappresentanza e al direttore tecnico, conforme alle indicazioni della “lex specialis” e resa utilizzando un modello fornito dalla stessa stazione appaltante, “avendo peraltro dimesso le dichiarazioni personalmente sottoscritte dai soggetti –amministratore e direttore tecnico- espressamente indicati dalla legge” (così il TAR, al p. 3.3. , pag. 14 sent.): quindi, come giustamente osserva la difesa consorziale, il legale rappresentante ha reso tale dichiarazione generale “solo prudenzialmente”.

Del resto, la possibilità che uno solo dei soggetti “rilevanti” presenti la dichiarazione ex art. 38 comma 2 con riferimento ai requisiti non solo suoi propri ben può fondarsi sull’art. 47 del d.P.R. n. 445/00, in base al quale la dichiarazione resa nell’interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza (art. 47 cit., comma 2, disposizione alla quale va ricondotta la fattispecie in esame), cosicché il dichiarante -legale rappresentante di una persona giuridica, rendendo una dichiarazione nell’interesse della impresa concorrente, può riferirsi anche a stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza.

Di qui la correttezza della sentenza sul punto, laddove ha ritenuto che Gesteco, per ciò solo, non andasse esclusa dalla procedura (a parte il rilievo che la “lex specialis” non prevedeva l’esclusione per la inosservanza di prescrizioni sulle modalità delle dichiarazioni da fornire), essendosi il legale rappresentante della spa Gesteco attenuto alle disposizioni della “lex specialis” e conformato al canone di diligenza esigibile nei confronti del medesimo (rammentando anche i principi di tipicità e di tassatività delle cause di esclusione, da interpretarsi, secondo la formulazione della “lex specialis”, in modo strettamente letterale a tutela del principio della massima partecipazione alle procedure di gara).

7.3.- L’infondatezza nel merito del terzo motivo d’appello, concernente illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza, in relazione al terzo motivo del ricorso di primo grado e imperniato, in sostanza, sulla inadeguatezza dell’istruttoria, sul travisamento dei fatti e sulla insufficiente motivazione che avrebbero contraddistinto l’attività svolta dal Consorzio nel sub procedimento di verifica dell’anomalia, esime il Collegio dal prendere in esame e dal decidere il motivo dell’appello incidentale proposto dalla difesa consorziale contro la statuizione del TAR sub p. 3.1. –secondo periodo, allo scopo di vedere dichiarato

inammissibile il motivo “de quo”, e consente inoltre di prescindere dal sottoporre ad analisi gli ulteriori rilievi pregiudiziali formulati dalle difese di Gesteco e del Consorzio.

Pare opportuno premettere che, in tema di verifica della congruità della offerta, la Sezione (v. , di recente, la sent. n. 1183/12 e, ivi, numerosi riferimenti giurisprudenziali ulteriori) ha affermato che:

-nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta presentata in una pubblica gara il Giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dall'Amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può verificare in via autonoma la congruità della offerta presentata e delle sue singole voci, sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio, non erroneo né illogico, formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice violerebbe il fondamentale principio della separazione dei poteri;

-il giudizio di verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme. L'attendibilità della offerta va cioè valutata nel complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dalla incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme, ferma restando la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, potrebbero rendere l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità;

-sul piano strettamente motivazionale è ormai sedimentata l'elaborazione giurisprudenziale in base alla quale il giudizio di anomalia richiede una motivazione rigorosa e analitica ove si concluda in senso sfavorevole all'offerente, mentre non

si richiede, di contro, una motivazione analitica nell'ipotesi di esito positivo della verifica. In quest'ultimo caso è sufficiente una motivazione "per relationem" riferita alle giustificazioni presentate dal concorrente (sempre che a loro volta adeguate). Di conseguenza, in questa seconda evenienza grava su colui il quale contesti l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il Giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico -discrezionale della Stazione appaltante sia stata manifestamente irragionevole, ovvero basata su fatti erronei o travisati.

Alla luce delle coordinate giurisprudenziali sopra riassunte, e venendo ora al merito del motivo d'appello proposto, va rimarcato che:

-sulla asserita incongruenza tra la offerta tecnica di Gesteco, quanto alle risorse umane, e le giustificazioni successivamente prodotte, dall'analisi del "progetto tecnico di gestione e modalità operative" emerge che la riduzione del numero di addetti da undici, come indicato nella offerta tecnica, a otto, come risulta dalle giustificazioni, non si concretizza in una modifica della offerta, ma trova convincente spiegazione nel fatto che, fino al ripristino delle funzionalità dell'impianto di trattamento, in relazione agli interventi di manutenzione straordinaria proposti da Gesteco, la società aggiudicataria avrebbe impiegato, per la gestione dell'impianto, otto persone durante il turno giornaliero della durata di otto ore lavorative, mentre solo in seguito al completamento della ristrutturazione impiantistica l'operatività dell'apparato avrebbe potuto rinforzarsi con un turno di lavoro aggiuntivo, portando così il funzionamento dell'impianto a 16 ore continuative (primo turno dalle 6 alle 14; secondo turno dalle 14 alle 22) mediante l'impiego, appunto, di complessive undici unità di personale. Inoltre i costi del personale risultano rispettosi dei trattamenti salariali minimi inderogabili previsti dalla contrattazione collettiva di settore, secondo quanto plausibilmente indicato

dalla difesa di Gesteco (v. pag. 28 memoria 6.3.2012) senza contestazione specifica sul punto da parte dell'appellante;

-circa l'asserito mantenimento dell'impianto nella sua strutturazione attuale, diversamente da quanto sostiene l'appellante gli interventi descritti da Gesteco nella offerta tecnica non si limitano alla conservazione dell'attuale apparato ma prevedono l'introduzione di variazioni tecniche, precisate nel progetto tecnico di gestione;

-sulla contestazione delle quantità di materiali da trattare nell'impianto viene in rilievo un elemento che, come la difesa di Gesteco ha chiarito nelle sue difese (v. pagine 33 e seguenti memoria 6.3.2012), non è valutabile a priori dato che è legato alla tipologia dei materiali conferiti e alle condizioni dell'impianto (che, attualmente, è in condizione di sottoproduzione), fermo che in modo plausibile l'appellata osserva che "le quantità relative alle annate successive al completamento dei lavori di ristrutturazione rappresentano quelle che ragionevolmente potranno essere gestite nell'impianto e che saranno suscettibili di modificazioni in positivo – la potenzialità autorizzata è di 500 t. / g. – in base al materiale che sarà conferito" e ad altri fattori;

-quanto infine al costo medio per lo smaltimento in discarica dei rifiuti residui, Gesteco non risulta avere indicato alcun costo medio, e l'affermazione dell'appellante sul punto non risulta trovare riscontro negli atti prodotti nella procedura di gara. Inoltre, "la controinteressata ha dimostrato di poter ottenere notevoli riduzioni di costi in tale settore essendo titolare e gestore di discariche e di impianti di recupero inerti e autorizzata al trattamento di rifiuti non pericolosi" (v. sent. TAR F.V.G. , p. 4.1. , pag. 17).

Per le suesposte ragioni anche il motivo d'appello sub 3. va respinto.

In conclusione, l'appello incidentale va accolto (v. p. 7.1.), l'appello principale va respinto e, per l'effetto, la sentenza impugnata va riformata (in parte),

limitatamente alle statuizioni di cui ai punti da 3.2.1. a 3.2.4. , oltre al dispositivo di accoglimento parziale del ricorso e di annullamento dell'aggiudicazione "con obbligo della Stazione appaltante di acquisire le dichiarazioni ex art. 38 del d. lgs. n. 163/06 omesse", con conseguente rigetto del ricorso del primo grado.

Nella complessità di alcune delle questioni trattate il Collegio ravvisa, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c. , eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del doppio grado tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie l'appello incidentale (v. p. 7.1.);
- respinge l'appello principale (v. pp. 7.2. e 7.3.);
- riforma la sentenza per le ragioni ed entro i limiti indicati in motivazione rigettando, per l'effetto, il ricorso di primo grado;
- compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)